

# LA GARANTÍA JUDICIAL DEL DERECHO A LA SALUD: ENTRE LA PROTECCIÓN INDIRECTA Y LA JUSTICIABILIDAD AUTÓNOMA

## THE JUDICIAL GUARANTEE OF THE RIGHT TO HEALTH: BETWEEN THE INDIRECT PROTECTION AND THE SPECIFIC JUSTICIABILITY

MARÍA DALLI\*  
Universitat de València

Fecha de recepción: 25-1-17

Fecha de aceptación: 12-6-17

**Resumen:** *El objetivo principal de este trabajo es el estudio de los mecanismos de garantía judicial del derecho a la salud. Se estudian, de un lado, aquellos que protegen este derecho a través de la vía de la interrelación con otros derechos, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del sistema interamericano. De otro lado, se tratan los sistemas que reconocen una justiciabilidad autónoma al derecho a la salud, destacando la litigación en países como Brasil o Colombia, y las críticas que ello ha recibido. Ante estas reservas, como las inequidades encontradas en el acceso a los tribunales y la excesiva intervención judicial, como objetivo último se plantean algunas respuestas, entre otras, la garantía del acceso a la justicia, la articulación de reclamaciones colectivas y las medidas de diálogo inter-institucional.*

**Abstract:** *The main objective of this work is to analyse the current judicial guarantees of the right to health. It studies, on the one hand, those systems that enforce this right by relating it to other human rights, such as the European Court of Human*

---

\* Investigadora postdoctoral en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia, con fondos de la Generalitat Valenciana y del Fondo Social Europeo. La investigación se realizó en su mayor parte como beneficiaria de una ayuda predoctoral de la convocatoria 'Atracció del Talent' VLC-CAMPUS de la Universidad de Valencia. El artículo se enmarca asimismo en el proyecto 'Transformaciones de la justicia: autonomía, inequidad y ejercicio de derechos', DER2016-78356-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

*Rights or the Inter-American system. On the other hand, systems that recognise specific justiciability for the right to health, such as the constitutional systems in Brazil or Colombia, are also studied. The litigation of the right to health in these countries has been criticised, due to the inequities found when accessing the courts and the high number of cases. In this sense, the last objective is to suggest possible solutions, e.g. enforcing access to justice, increasing the number of collective complaints as well as the measures of inter-institutional dialogue.*

**Palabras clave:** derecho a la salud, justiciabilidad, indivisibilidad, garantías judiciales, diálogo judicial  
**Keywords:** right to health, justiciability, indivisibility, judicial guarantees, judicial dialogue

## 1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas un sector de la doctrina ha venido reclamando la igual consideración de todos los derechos humanos en un plano de igualdad, defendiendo así los derechos sociales, como el derecho a la salud, como auténticos derechos fundamentales<sup>1</sup>. Si se atiende al plano internacional de protección de los derechos, es posible identificar algunos avances importantes. Por ejemplo, la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que permite una protección específica de este tipo de derechos a través del mecanismo de denuncias individuales<sup>2</sup>. Otros mecanismos que protegen de forma específica el derecho a la salud son los que se articulan por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales. El papel de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos también es relevante a este respecto.

En el plano estatal, algunos ordenamientos jurídicos que reconocen los derechos sociales y el derecho a la salud como derechos fundamentales se encuentran en, Bolivia Brasil, Bulgaria, Colombia, Ecuador, Estonia, Hungría, Polonia, Sudáfrica o Venezuela<sup>3</sup>. De forma especial destaca la inclusión de la

<sup>1</sup> En este punto cabe destacar, entre otros, a Abramovich, Courtis, Añón y Pisarello. V. ABRAMOVICH; Ch. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004. M. J. AÑÓN, "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 15-41. G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

<sup>2</sup> Naciones Unidas, "Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Resolución A/RES/63/117, 10 de diciembre de 2008.

<sup>3</sup> A. NOGUERA, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

salud en el catálogo de derechos fundamentales de algunas constituciones latinoamericanas aprobadas en las últimas décadas. Asimismo, Sudáfrica incluyó los derechos sociales en su Constitución aprobada tras el *apartheid*, con el fin de reducir las desigualdades<sup>4</sup>. En definitiva, la litigación del derecho a la salud ha adquirido especial relevancia en algunos países latinoamericanos, como Brasil o Colombia, así como, aunque en menor medida y de diferente forma, en India y Sudáfrica. Sin embargo, otra vía para reforzar la protección del derecho a la salud puede venir dada de forma indirecta, esto es, a través de la interrelación con otros derechos civiles y políticos cuando estos se protegen con mayores garantías, en la línea de la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos. A este respecto destaca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y, asimismo, el sistema interamericano de protección de los derechos.

Este trabajo, pues, repasa los mecanismos de garantía judicial del derecho a la salud existentes en la actualidad, en los planos internacional y regionales de protección, así como se destacan algunos casos de sistemas estatales paradigmáticos, siendo posible identificar en todos ellos la opción por la justiciabilidad autónoma del derecho a la salud o bien la vía de la protección indirecta. El primer apartado hace referencia a los sistemas regionales europeo e interamericano, como ámbitos de protección regional que ofrecen vías de protección del derecho a la salud a través de la interrelación con otros derechos. Asimismo se estudiará el caso español y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a este respecto. En un segundo apartado, se explicarán los mecanismos existentes en la actualidad que ofrecen una garantía específica del derecho a la salud, destacando la litigación del derecho en algunos países latinoamericanos.

Tras presentar estas cuestiones, el último apartado resume las críticas que se han dirigido hacia la litigación judicial del derecho a la salud, principalmente las inequidades en el acceso a los tribunales y la excesiva intervención judicial en la regulación sanitaria. El objetivo último será, pues, plantear respuestas o soluciones a estas críticas. Esencialmente, estas provienen de la garantía del acceso a la justicia, la articulación de reclamaciones colectivas y la puesta en marcha de medidas que fortalezcan el diálogo inter-institucional y otras formas de revisión débiles, para evaluar medidas regresivas que afecten al derecho a la salud más allá de su contenido esencial.

---

<sup>4</sup> C. FLOOD, A. GROSS, "Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?", *Health and Human Rights*, vol. 16, núm. 2, 2014, 62-72, pp. 64-69.

## 2. LA PROTECCIÓN INDIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD: INDIVISIBILIDAD E INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS DERECHOS

En el ámbito europeo de protección del derecho a la salud cabe diferenciar entre la Unión Europea y el Consejo de Europa, esto es, entre las posibilidades que ofrecen la Carta Europea de Derechos Fundamentales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>5</sup>. La Carta Social europea y su órgano de supervisión, el Comité Europeo de Derechos Sociales, posibilitan una protección específica de este derecho, por lo que será tratado en el siguiente apartado<sup>6</sup>. Así pues, si bien la Carta de Derechos Fundamentales reconoce el derecho a la salud en el artículo 35, ello se hace ‘en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales’, lo que disminuye la fuerza vinculante de este derecho. De esta forma, el alcance y las implicaciones de tal artículo resultan inciertas<sup>78</sup>. Si bien los derechos civiles sí que se acompañan de mayores garantías, por ejemplo, el derecho a la vida (artículo 2.1), la integridad física y psíquica (artículo 3.1), la igualdad (artículo 20) y la prohibición de discriminación (artículo 21.1), en el ámbito de la Unión Europea no existe un mecanismo específico de protección frente a la vulneración de los derechos como sí existiría en el Consejo de Europa. En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este caso la protección del derecho a la salud ha venido dada por la articulación de mecanismos de protección indirecta. Así, al no reconocer el Convenio Europeo de Derechos Humanos directamente derechos sociales, se hace necesario interrelacionar el derecho a la salud con derechos civiles, o bien alegar que en el acceso a servicios de salud se ha producido una situación de discriminación prohibida por el Convenio<sup>9</sup>. El TEDH ha vinculado el derecho a la salud con la prohibición de la tortura o tratos inhumanos y degradantes (artículo 3)

<sup>5</sup> Unión Europea, “Carta de Derechos Fundamentales”, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 83, 30 de marzo de 2010, pp. 239-403. Consejo de Europa, “Convenio Europeo de Derechos Humanos”, 1950.

<sup>6</sup> Consejo de Europa, “Carta Social Europea (revisada)”, Estrasburgo, 1996.

<sup>7</sup> Unión Europea, “Carta de Derechos Fundamentales”, artículo 35.

<sup>8</sup> D. BISWAS; B. TOEBES.; A. HJEM; H. ASCHER; M. NORREDAM, “Access to health care for undocumented migrants from a human rights perspective: a comparative study of Denmark, Sweden, and the Netherlands”, *Health and Human Rights*, vol. 14, núm. 2, 2012, p. 56.

<sup>9</sup> R. M. MESTRE I MESTRE, “La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016, 113-132, p. 123 y ss.

y con el respeto a la vida personal y familiar (artículo 8)<sup>10</sup>. Por ejemplo, un supuesto es el de los extranjeros afectados por órdenes de expulsión, cuando la ejecución de esta puede empeorar gravemente el estado de salud<sup>11</sup>. Sin embargo, en otros casos, no se ha considerado que tenga lugar una violación del derecho cuando la expulsión se lleva a cabo a países donde la asistencia sanitaria está disponible, aunque no sea asequible, esto es, accesible económicamente<sup>12</sup>. Otro ejemplo que sí se ha considerado como violación de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes es el de la no prestación de la asistencia necesaria a personas arrestadas heridas o enfermas<sup>13</sup>. Asimismo, un caso relevante fue el de la denegación de las pruebas necesarias a una mujer embarazada que podrían haber habilitado el acceso a un aborto legal, lo que fue considerado por el Tribunal como trato inhumano y degradante<sup>14</sup>.

Por otra parte, el sistema interamericano de derechos humanos también ha ofrecido protección al derecho a la salud a través de la garantía de otros derechos civiles. En este sentido, si bien se reconoce el derecho a la salud, la justiciabilidad del mismo queda reducida. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo XI), reconoce un derecho al bienestar<sup>15</sup> y la Convención Americana de Derechos Humanos incluye en el artículo 26 la obligación de progresividad de los Estados en materia social<sup>16</sup>. De forma más específica, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, conocido como el Protocolo de San Salvador, reconoce los derechos sociales, así como el derecho a la sa-

<sup>10</sup> H. SINDING, A. KJELLEVOLD, P. STEPHENS, "Undocumented' migrants' access to health care services in Europe", en H. SINDING, S. GLOPPEN; A. MAGNUSSEN; E. NILSEN, (eds.), *Juridification and social citizenship in the welfare state*, Edward Elgar Publishing, Inc., Reino Unido, 2014, p. 168.

<sup>11</sup> Tribunal Europeo de Derechos humanos, *D. v. the United Kingdom*, 30240/96, de 2 de mayo de 1997.

<sup>12</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *N. v. The United Kingdom*, núm. 26565/05, 2008.

<sup>13</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hurtado v. Suiza*, núm. 17549/90, 1994; *Riviere v. France*, núm. 33834/03, 2006.

<sup>14</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *R. R. v. Poland*, núm. 27617/04, 2011. GOSTIN, L. O., *Global Health Law*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2014, p. 261 y ss.

<sup>15</sup> Organización de los Estados Americanos (OAS), "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.

<sup>16</sup> Organización de los Estados Americanos (OAS), "Convención Americana sobre Derechos Humanos", Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José (Costa Rica), Noviembre de 1969, artículo 26.

lud en el artículo 10<sup>17</sup>. No obstante, no todos los derechos reconocidos en el Protocolo pueden ser protegidos por la vía de las denuncias individuales, solo los derechos del artículo 8.a) y del artículo 13 (el derecho a la sindicación y el derecho a la educación, respectivamente) de acuerdo con el artículo 19.6<sup>18</sup>. Por esta razón, pues, la justiciabilidad del derecho a la salud viene, de nuevo, dada en mayor medida a través de la interrelación del derecho con otros derechos fundamentales. El órgano jurisdiccional que se encarga del cumplimiento de los derechos reconocidos en el sistema interamericano es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esta forma, como ocurre en el sistema europeo a través del TEDH, la Corte Interamericana ha conocido de casos en materia de derechos sociales, como el derecho a la salud, a través de la protección de otros derechos como la prohibición de la tortura, el derecho a la vida o a la integridad personal<sup>19</sup>. Así, en 1999 la Corte extendió el ámbito de protección del derecho a la vida a la garantía del acceso a las condiciones necesarias para una existencia digna<sup>20</sup>. Principalmente, destacan los supuestos de protección del derecho a la salud para las personas internas en establecimientos penitenciarios o asimismo para miembros de grupos considerados vulnerables como los niños o los migrantes. Por ejemplo, el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, o el de *Cinco pensionistas vs. Perú*<sup>21</sup>. Como caso reciente de protección de la vida y de la integridad personal de personas internas en centros penitenciarios destaca el de *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*<sup>22</sup>. En la sentencia *Suárez Peralta vs. Ecuador*, la Corte confirmaba, una vez más, la responsabilidad del Estado de supervisar la actividad de las clínicas de sanidad

<sup>17</sup> Organización de los Estados Americanos (OAS), “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 18º período ordinario de sesiones, 17 de noviembre de 1988. Artículo 10.

<sup>18</sup> M. Y. ROBLES, “El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35, 2016, 199-246, pp. 201 y 202.

<sup>19</sup> M. Y. ROBLES, “El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)”, cit., pp. 207 y 208. M. VENTURA, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, vol. 40, 2004, pp. 107-108.

<sup>20</sup> Caso de los *Niños de la Calle (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párr. 144. L. O. GOSTIN, *Global Health Law*, cit., pp. 261 y ss.

<sup>21</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001; *Cinco pensionistas vs. Perú*, 2003.

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, 2016.



privada<sup>23</sup>. Por lo demás, una vía de protección directa del derecho a la salud podría venir dada a través del artículo 26 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Como señala Robles, habría posibilidad de invocar este precepto, el cual reconoce la obligación de desarrollar progresivamente las normas en materia social, para impulsar una mayor justiciabilidad del derecho a la salud<sup>24</sup>.

En definitiva, en el ámbito supranacional, principalmente por lo que se refiere al sistema interamericano y al TEDH, la protección judicial del derecho a la salud viene posibilitada por la garantía judicial que se da a derechos civiles relacionados. De forma parecida, el Tribunal Constitucional español puede, a través del recurso de amparo, apreciar la vulneración de derechos vinculados con el ámbito de la salud. El derecho a la protección de la salud se reconoce en el artículo 43 de la Constitución, sin embargo, no es susceptible de ser protegido a través del amparo constitucional<sup>25</sup>. Así, como es sabido, la Constitución reconoce los derechos sociales como ‘principios rectores de la política social y económica’, los cuales solo pueden ser alegados en sede de jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que establezcan las leyes que los desarrollen<sup>26</sup>. Por tanto, los únicos derechos sociales que pueden ser objeto del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional son el derecho a la educación, el derecho de huelga y el derecho de sindicación. Por lo demás, más allá de la interposición de recursos de inconstitucionalidad contra normas que puedan ser contrarias al texto constitucional, por lo que se refiere a los mecanismos de protección de los derechos en sede constitucional, esto es, el recurso de amparo, únicamente cabe vincular el derecho a la salud con otros derechos fundamentales.

Así pues, de nuevo, en el ordenamiento jurídico español se puede vincular la salud con otros derechos como el derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 de la Constitución), a la dignidad (artículo 10.1) y a la igualdad y a la prohibición de discriminación (artículo 14) o a la tutela judicial efectiva (artículo 24). En la práctica, de forma principal se han dado casos que han protegido los derechos sociales a través de la prohibición de discriminación y de la tutela judicial efectiva. En esta línea, vincular la prohibición de discriminación con un derecho social permite identificar, por ejemplo, si las condiciones de ac-

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Suárez Peralta vs. Ecuador*, 2013.

<sup>24</sup> Destaca la actividad en este sentido del juez Ferrer Mac-Gregor. El debate se dio en el caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, 2015. M. Y. ROBLES, “El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)”, cit., pp. 203 y 210.

<sup>25</sup> Constitución española, 1978, artículo 43.

<sup>26</sup> Constitución española, 1978, Capítulo III del Título I.

ceso a los servicios públicos son discriminatorias<sup>27</sup>. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, especialmente, sobre casos de discriminación en el acceso y en las condiciones de trabajo, por ejemplo, por razón de sexo<sup>28</sup>. Más allá de la prohibición de discriminación y de la tutela judicial efectiva, la protección de los derechos sociales por la vía indirecta en sede constitucional ha sido escasa. El mayor número de pronunciamientos se producen en relación con el ámbito laboral, alegando, por ejemplo, la vulneración del derecho a la libertad religiosa<sup>29</sup>. En relación con el derecho a la salud, se ha protegido este derecho por conexión con el derecho a la integridad física, cuando existe un peligro grave para la misma<sup>30</sup>. Por lo demás, se ha reclamado la protección de la salud en casos de contaminación acústica invocando los derechos a la integridad física (artículo 15), a la vivienda (artículo 47) y la intimidad personal y familiar (artículo 18)<sup>31</sup>. Igualmente, otras posibilidades de protección indirecta de los derechos sociales en el caso español podrían derivar de la interpretación de estos derechos a partir del artículo 10.2 de la Constitución, en relación con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España. El artículo 9.2 también ofrece un parámetro interpretativo al reconocer la igualdad material. Asimismo, se ha señalado que podría entenderse el artículo 53 de la Constitución, de forma que se refiere a la utilización de la jurisdicción ordinaria para el contenido adicional de los derechos sociales, mientras que su contenido esencial sí podría ser alegado ante el Tribunal Constitucional<sup>32</sup>.

Sin embargo, la sentencia 139/2016, del Tribunal Constitucional, de 21 de julio, que decidió sobre la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, puso de manifiesto las limitaciones actuales de la protección de la salud en sede constitucional<sup>33</sup>. La citada regulación vinculaba el acceso a las presta-

<sup>27</sup> M. DÍAZ, “El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”, *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1/2012, enero-junio 2012, p. 8.

<sup>28</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional: STC 145/1991, de 1 de julio, y STC 41/1999, de 21 de marzo.

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional, STC 19/1985, de 13 de febrero.

<sup>30</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional: STC 35/1996, de 11 de marzo; STC 119/2001, de 24 de mayo; STC 5/2002, de 14 de enero y STC 33/2011, de 28 de marzo.

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional, STC 119/2001, de 24 de mayo.

<sup>32</sup> G. PISARELLO, “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva”, en M. J. ANÓN, (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 68-70.

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional, STC 139/2016, de 20 de abril. Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de abril de 2012, núm. 98.



ciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud con el ámbito de la Seguridad Social, exigiendo las condiciones de ‘asegurado’ o de ‘beneficiario’. Por lo que se refiere a los extranjeros sin autorización de residencia procedentes de terceros Estados, únicamente se les reconocía una asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, así como la asistencia al embarazo, parto y postparto, y la atención a menores de edad<sup>34</sup>. En la actualidad, el recientemente aprobado Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, ha pasado a reconocer las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud a todas las personas con nacionalidad española y a todas las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español<sup>35</sup>. Los inmigrantes en situación irregular pueden tener acceso a la asistencia sanitaria requerida, en igualdad de condiciones que los españoles, siempre que no tengan la obligación de acreditar la existencia de cobertura por otra vía, no puedan exportar su derecho de cobertura sanitaria desde sus países de origen, ni exista un tercero obligado al pago<sup>36</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, antes mencionada, analizó la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, después de que numerosas Comunidades Autónomas presentaran recursos de inconstitucionalidad contra la misma. En concreto, la sentencia siguió el recurso interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra<sup>37</sup>. En primer lugar, el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la salud es un derecho de configuración legal, estando el legislador legitimado para diseñar las condiciones de acceso al derecho. En cuanto a los derechos de los extranjeros en España,

---

<sup>34</sup> Más información sobre las implicaciones y consecuencias que supuso el mencionado Real Decreto-ley 16/2012 puede encontrarse en: C. LEMA, “La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad”, en M. J., BERNÚZ y M. CALVO (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 221-258; M. DALLI, “Universal Health Coverage for Undocumented Migrants: the Spanish Case”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 25 núm. 2, 2018. Asimismo, Á. SOLANES, “La salud como derecho en España: Reformas en un contexto de crisis económica”, *Derechos y Libertades*, núm. 31, junio 2014, pp. 127-162; A. MORA, “El derecho a la salud de las personas inmigrantes y su nueva regulación en el Estado español”, en J. DE LUCAS, M. J. AÑÓN. (eds.), *Integración y derechos. A la búsqueda de indicadores*, Icaria, Barcelona, 2013, pp. 67-102.

<sup>35</sup> Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de julio de 2018, núm. 183. Artículo primero. Se modifica así el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

<sup>36</sup> Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, artículo primero. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, artículo 3 ter.

<sup>37</sup> Recurso de inconstitucionalidad núm. 4123/2012 interpuesto por el Parlamento de Navarra, 2012.

la sentencia sigue la denominada teoría tripartita, en la línea de la jurisprudencia anterior<sup>38</sup>. Siendo la salud uno de los derechos de configuración legal, el legislador tiene libertad para regular el reconocimiento de este derecho para la población extranjera, atendiendo a una serie de límites. Sin embargo, los límites a los que ha de quedar sujeto el legislador, como los tratados internacionales de derechos humanos, se interpretan por el Tribunal de forma que se entiende que los mismos no imponen la obligatoriedad de garantizar servicios sanitarios a las personas sin residencia legal. Por ejemplo, se hace referencia al artículo 13.4 de la Carta Social Europea, que garantiza asistencia médica únicamente a los residentes legales, sin tener en cuenta, sin embargo, que el Comité Europeo de Derechos Sociales ha extendido el ámbito de aplicación de este derecho en su jurisprudencia y ha llegado incluso a considerar que otro artículo de la Carta Social, el 11, que protege la salud, sí se vulnera por el Real Decreto-ley 16/2012<sup>39</sup>. Así, el Tribunal Constitucional entiende que la ‘universalidad’ del derecho a la salud no implica una asistencia sanitaria ‘gratuita’ o sin costes<sup>40</sup>. En resumen, la sentencia consideró constitucional el Real Decreto-ley 16/2012, salvo por lo que se refería a la determinación por reglamento del límite de ingresos por debajo del cual también cabía considerar a las personas sin vinculación con la Seguridad Social como aseguradas. Por el contrario, el voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré a la sentencia constituye un buen ejemplo de lo que podría haber sido una protección del derecho a la salud a través de la indivisibilidad entre los derechos y de la interpretación a la luz de los tratados internacionales<sup>41</sup>.

No obstante esta sentencia del Tribunal Constitucional español, se han tratado algunos ejemplos de la protección que puede brindarse al derecho a la salud cuando este no viene blindado de garantías judiciales, y todavía puede abrirse un espacio a la justiciabilidad a través de la garantía de otros derechos civiles

---

<sup>38</sup> Tribunal Constitucional, STC 107/1984, de 23 de noviembre (FJ 3º y 4º), STC 94/1993, de 22 de marzo (FJ 2º), STC 236/2007, de 10 de diciembre, (FJ 4º), y STC 242/1994, de 20 de julio (FJ 4º). Un análisis de esta jurisprudencia puede consultarse en J. DE LUCAS, “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”, en I. CAMPOY (ed.) *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 89-97.

<sup>39</sup> Tribunal Constitucional, STC 139/2016, de 20 de abril, (FJ 10º). Comité Europeo de Derechos Sociales, Consejo de Europa, Conclusiones XX-2 (2013), p. 13.

<sup>40</sup> Tribunal Constitucional, STC 139/2016, de 20 de abril, (FJ 8º).

<sup>41</sup> Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, III. 3.

interrelacionados. Así pues, la salud afecta a una diversidad de derechos. Cabe atender a la Observación General n.º 14 (OG n.º 14) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), que explica este derecho reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>42</sup>. La OG n.º 14 menciona la importancia de la salud para el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación<sup>43</sup>. Todo ello supone una manifestación clara del principio de indivisibilidad e interdependencia entre los derechos humanos. Este principio ha sido explicado por Añón haciendo referencia a diferentes formas de relación entre los derechos<sup>44</sup>. Mientras que la indivisibilidad vendría a ser la forma más fuerte de relación y bidireccional, según la cual un derecho sería indispensable para otro y viceversa, la interdependencia se refiere más bien a relaciones de apoyo entre los derechos, en el sentido de que el avance en el cumplimiento de uno refuerza el funcionamiento del otro.

Así, todos los derechos son igualmente importantes y por ello deben recibir un igual trato<sup>45</sup>. El principio de indivisibilidad e interdependencia ha sido ampliamente reconocido en el marco internacional, y es posible encontrar fácilmente numerosas referencias al mismo. Por ejemplo, la Proclamación de Teherán de 1968, resultado de la primera conferencia internacional de derechos humanos, establecía que ‘los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles’<sup>46</sup>. En la segunda conferencia mundial celebrada en Viena en 1993 se añadía que ‘todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí’<sup>47</sup>. Años más

<sup>42</sup> Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 1966. Comité DESC, “Observación General n.º 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), 2000.

<sup>43</sup> Comité DESC, “Observación General n.º 14”, *cit.*, párr. 3.

<sup>44</sup> M. J. AÑÓN, “Derechos humanos y principio de efectividad: claves interpretativas” en M. REVENGA, P. CUENCA (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 194.

<sup>45</sup> A. NOGUERA, “¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo”, *Derechos y libertades*, núm. 21, Época II, junio de 2009, p. 130.

<sup>46</sup> Conferencia Internacional de Derechos Humanos, “Proclamación de Teherán”, A/CONF./32/4Teherán, 13 de mayo de 1968, párr. 13.

<sup>47</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos, “Declaración y programa de acción de Viena”, A/CONF.157/23, Viena, 25 de junio de 1993, párr. 5.

tarde, una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2006 confirmaba este principio, pues todos los derechos humanos ‘deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso’<sup>48</sup>.

### 3. LITIGACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN LOS TRIBUNALES

En el ámbito de las Naciones Unidas, se encuentra actualmente vigente el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que permite la presentación de denuncias por posibles vulneraciones de los derechos sociales reconocidos en el Pacto, como el derecho a la salud<sup>49</sup>. Hasta su entrada en vigor, las posibilidades de alegar supuestas violaciones del derecho a la salud provenían, por ejemplo, de la interrelación del derecho con algunos derechos civiles, protegidos por organismos como el Comité de Derechos Humanos o el Comité contra la Tortura<sup>50</sup>. También existía la posibilidad de alegar una posible violación del derecho a la salud en relación con un factor prohibido de discriminación, de acuerdo con los mecanismos de quejas previstos en instrumentos como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial<sup>51</sup>. En la actualidad, si el Estado en cuestión ha ratificado el Protocolo Facultativo al PIDESC, entonces las personas o grupos de personas que se hallen bajo su jurisdicción pueden presentar una queja o denuncia al Comité DESC, si consideran que han sido víctimas de una vulneración del derecho a la salud, reconocido en el artículo 12 del Pacto. Ahora bien, es necesario el cumplimiento de algunos requisitos, según los artículos 3 y 4 del Protocolo<sup>52</sup>. En primer lugar, se deben haber utilizado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna. Además, el Comité puede declarar la inadmisibili-

<sup>48</sup> Asamblea General (Naciones Unidas), Resolución A/Res/60/251, 3 de abril de 2006, preámbulo párr. 3.

<sup>49</sup> Naciones Unidas, “Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Resolución A/RES/63/117, 10 de diciembre de 2008.

<sup>50</sup> Ch. COURTIS, “Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales. Apuntes sobre una relación clave”, *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, núm. 5, 2009, p. 49.

<sup>51</sup> Asamblea General (Naciones Unidas), “Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965”, resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Artículo 14.

<sup>52</sup> Naciones Unidas, “Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, artículos 3 y 4.

dad de las comunicaciones que: a) No se hayan presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo; b) Se refieran a hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos hayan continuado después de esa fecha; c) Se refieran a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o haya sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional; d) Sean incompatibles con las disposiciones del Pacto; e) Sean manifiestamente infundadas, no estén suficientemente fundamentadas o se basen exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación; f) Constituyan un abuso del derecho a presentar una comunicación, o g) Sean anónimas o no se hayan presentado por escrito.

Por otra parte, en el ámbito del Consejo de Europa, el Comité Europeo de Derechos Sociales, a diferencia del TEDH, sí ofrece una protección específica de estos derechos, al controlar el cumplimiento por parte de los Estados de la Carta Social Europea. En concreto, el artículo 11 reconoce el derecho a la protección de la salud, y el derecho a la asistencia social y médica se incluye en el artículo 13<sup>53</sup>. Lougarre ofrece un exhaustivo análisis de este derecho y su desarrollo por parte del Comité<sup>54</sup>. Como se ha comentado anteriormente, la jurisprudencia del mismo ha protegido el derecho a la salud de forma extensa, incluso más allá del alcance previsto en la propia Carta. Así, el Comité ha expresado la necesidad de que la atención a la salud incluya a los colectivos vulnerables, como los inmigrantes en situación irregular, respecto de los cuales el apartado 4º del artículo 13 impone restricciones<sup>55</sup>.

Cabe señalar, asimismo, el sistema africano de protección de los derechos humanos. La Carta Africana o Carta de Banjul reconoce derechos sociales y, entre ellos, el derecho a la salud se incluye en el artículo 16<sup>56</sup>. La jurispru-

---

<sup>53</sup> Consejo de Europa, "Carta Social Europea (revisada)", Estrasburgo, 1996.

<sup>54</sup> C. LOUGARRE, "What does the right to health mean? The interpretation of article 11 of the European Social Charter by the European Committee of Social Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, núm. 3, 2015, pp. 326-354.

<sup>55</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, "Conclusions 2005, Statement of Interpretation of Article 11", §5, p. 10. Comité Europeo de Derechos Sociales, "Conclusions 2004, Statement of Interpretation of Article 11", §5, p. 10.

<sup>56</sup> Organización para la Unidad Africana (OUA), "Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981", XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya, 1981.

dencia de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos ha entendido el derecho a la salud como esencial para la realización de otros derechos y ha apreciado violaciones de las obligaciones estatales de respetar, proteger y cumplir el mismo<sup>57</sup>. Además, se entiende que los Estados tienen obligaciones inmediatas en la garantía de los derechos sociales<sup>58</sup>. También ha hecho referencia constante la obligación de progresividad<sup>59</sup>. En este sentido, los derechos sociales gozan, en el sistema africano, de mayores posibilidades de protección judicial que en otros sistemas regionales. Por ejemplo, en la sentencia *Constitutional Rights Project and Media Rights Agenda v. Nigeria*, la Comisión Africana consideró que el Estado nigeriano había violado su obligación de proteger la salud de una persona detenida de acuerdo con el artículo 16 de la Carta<sup>60</sup>.

En relación con la justiciabilidad estatal del derecho a la salud, inmediatamente la atención ha de centrarse en sistemas como el brasileño, el colombiano o los de otros países latinoamericanos, así como en los casos de India y de Sudáfrica. Por ejemplo, en Sudáfrica se posibilita la litigación constitucional del derecho a la salud. En este sentido, destaca el caso *Treatment Action Campaign*, en el que la Corte Constitucional estimó la vulneración del derecho al no garantizarse el acceso a los medicamentos y tratamientos necesarios para evitar que la enfermedad del VIH-SIDA fuera transmitida de madres a hijos<sup>61</sup>. Por su parte, la Corte Suprema india confirmó la necesidad de garantizar el acceso a los tratamientos retrovirales<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> J. A. ODER, "Litigating the Right to Health Before the African Commission on Human and Peoples' Rights: the Record So Far", *African Yearbook of International Law*, vol. 15, núm. 1, 2008, pp. 130 y ss.

<sup>58</sup> A. CHIDI ODINKALU, "Analysis of Paralysis or Paralysis by Analysis? Implementing Economic, Social and Cultural Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 23, núm. 2, 2001, p. 349.

<sup>59</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Purohit and Moore v. The Gambia*, comunicación 241/2001.

<sup>60</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Constitutional Rights Project and Media Rights Agenda v. Nigeria*, 31 de octubre de 1998, comunicaciones 105/93, 130/94, 128/94 y 152/96.

<sup>61</sup> Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, SA 721, 2002. J. HASSELGÅRD-ROWE, E. MPINGA, "Justiciability of the Right to Health in South Africa and Switzerland through the Lens of its Normative Components", *International Human Rights Law Review*, 3, 2014, p. 14.

<sup>62</sup> Corte Suprema de India, *Voluntary Health Association of Punjab (VHAP) v. The Union of India and Others*, núm. 349, 2006. L. O. GOSTIN, *Global Health Law*, cit., p. 265.



El blindaje constitucional de la salud en Sudáfrica y en India es fuerte, si bien la litigación en sede judicial en relación con este derecho es más modesta que la que se produce en algunos países latinoamericanos<sup>63</sup>. En este punto destacan Argentina, Chile, Costa Rica, Perú, Uruguay, pero especialmente Colombia y Brasil. Por ejemplo, en relación con el derecho a la salud, en 2010 se estimaron 240.000 casos en Brasil, y en Colombia se darían 95.000 casos en el mismo año<sup>64</sup>. Este modelo de litigación viene principalmente caracterizado por un alto número de demandas individuales, que alegan vulneraciones del derecho a la salud, reclamando el acceso a tratamientos y medicamentos. Además, habitualmente se produce la estimación de la mayoría de estas demandas, lo que conlleva elevados costes administrativos.

#### 4. CRÍTICAS A LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD Y POSIBLES SOLUCIONES

Las críticas que ha recibido el alto nivel de litigación del derecho a la salud en algunos sistemas constitucionales se derivan, principalmente, de dos circunstancias. De un lado, las desigualdades que se producen en el acceso a los tribunales y con ello, se alega, en el disfrute del derecho a la salud. De otro lado, el alto grado de intervención judicial en la regulación sanitaria.

Así pues, se ha señalado que la estimación de las demandas individuales para acceder a medicamentos y tratamientos caros, en situaciones de limitaciones de recursos, resulta en inequidades en la salud. El elevado número de casos sobre el acceso a tratamientos que requieren de un alto coste, como los que implican la utilización de nuevas tecnologías, ha supuesto un impacto financiero. En Brasil, la litigación del derecho a la salud en 2010 supuso que la totalidad de los pagos en medicamentos ascendiera a 550 millones de dólares, y las litigaciones sobre el régimen contributivo en Colombia en 2009 supusieron un coste de 300 millones de dólares<sup>65</sup>. En relación con ello, se ha señalado que esta intervención judicial en Colombia ha derivado en un

---

<sup>63</sup> C. FLOOD, A. GROSS, "Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?", cit., p. 69.

<sup>64</sup> L. CUBILLOS, M. L. ESCOBAR, S. PAVLOVIC, R. IUNES, "Universal health coverage and litigation in Latin America", *Journal of Health Organization and Management*, vol. 26, núm. 3, 2012, pp. 390-395.

<sup>65</sup> L. CUBILLOS, M. L. ESCOBAR, S. PAVLOVIC, R. IUNES, "Universal health coverage and litigation in Latin America", cit., p. 395.

problema financiero para el gobierno, el cual además estaría perdiendo su capacidad para negociar los precios de los medicamentos con las compañías farmacéuticas, hospitales y otros proveedores<sup>66</sup>.

Asimismo, se denuncian las inequidades encontradas en el acceso a los tribunales. Por ejemplo, el mayor nivel de litigación en Buenos Aires no proviene de las áreas más necesitadas y en Brasil ello tiene lugar en los Estados con un mayor índice de desarrollo humano<sup>67</sup>. En especial, Ferraz ha alertado de las consecuencias del denominado ‘modelo brasileño’ de litigación del derecho a la salud. El autor señala que la estimación de demandas individuales que reclaman el acceso a medicamentos a un alto coste puede suponer un peligro para el sostenimiento de la universalidad del sistema, debido a la escasez de recursos<sup>68</sup>. Así, se considera que la mayoría de los litigantes no padecen dificultades económicas. Para ello, se tienen en cuenta los indicadores siguientes: indicadores indirectos, que señalan que la mayoría de litigantes utilizan servicios privados de asesoramiento legal y que la reclamación se produce en relación con la utilización de servicios sanitarios privados. También indicadores directos, que refieren a las áreas de las que provienen los demandantes, las cuales, como se comentaba anteriormente, no se trata de aquellas más necesitadas<sup>69</sup>.

Ello, sin embargo, lo que parece revelar es que el problema urgente a solucionar son las dificultades que se enfrentan en las áreas más marginadas para acceder a los tribunales. Este es un problema, pues, de acceso a la justicia, como contenido esencial de la tutela judicial efectiva. Este derecho se reconoce en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, estando el derecho al recurso contenido en el artículo 2.3º.a) del PIDESC<sup>70</sup>. Se trata, así, del derecho a defender los derechos, exigencia del Estado de

---

<sup>66</sup> E. LAMPREA, “Colombia’s right-to-health litigation in a context of health care reform”, en C. M. FLOOD, A. GROSS (eds.), *The right to health at the private/public divide: A global comparative study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 131-158.

<sup>67</sup> O. L. M. FERRAZ, “Brazil: health inequalities, rights and courts”, pp. 76-102, y P. BERGALLO, “Argentina: achieving fairness despite routinization”, pp. 43-75, en A. E. YAMIN, S. GLOPPEN (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2011, p. 87 y p. 55, respectivamente.

<sup>68</sup> O. L. M. FERRAZ, “The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequalities?”, *Health and Human Rights*, vol. 11, núm. 2, 2009, p. 34.

<sup>69</sup> O. L. M. FERRAZ, “The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequalities?”, cit., p. 39.

<sup>70</sup> Naciones Unidas, “Declaración Universal de Derechos Humanos”, París, 1948. Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 1966.

Derecho por el que cualquier interés legítimo debe ser poder defendido ante un juez, esto es, justiciable<sup>71</sup>. Una segunda solución para el excesivo nivel de litigación del derecho a la salud podría venir dada a través de una mayor articulación de reclamaciones colectivas, cuando la problemática afecta a un grupo de personas. En este sentido, Wolff defiende la litigación del derecho a la salud cuando se trata de un problema que afecta a un grupo de personas<sup>72</sup>. Otra vía puede ser la que adoptó la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, que supuso la reducción del número de casos individuales, al haber derivado el pronunciamiento en cambios en la regulación sanitaria, los cuales implicaron avances colectivos<sup>73</sup>.

Por todo ello, cabe preguntarse si la ausencia de justiciabilidad o una escasa protección judicial del derecho a la salud es la mejor solución. Se argumenta que existen países altamente desiguales que, o bien no tienen reconocido el derecho a la salud en sus Constituciones o no existe una protección judicial adecuada, como en China o en Hungría<sup>74</sup>. También se ha señalado que la litigación desde la perspectiva del derecho a la salud en Sudáfrica, ha contribuido a la reducción de la mortalidad infantil en casos de madres infectadas por el VIH-Sida así como a mejorar las condiciones de salud de los establecimientos penitenciarios<sup>75</sup>.

Otra crítica que se dirige hacia la justiciabilidad del derecho a la salud se basa en los problemas de legitimidad democrática de las decisiones judiciales. Así, en ocasiones, las resoluciones individuales han derivado en cambios legislativos. Anteriormente se mencionaba el caso en que la Corte Constitucional colombiana reclamó un cambio en la regulación sanitaria en relación con la lista de servicios esenciales<sup>76</sup>. Ello derivó en que, efectivamen-

<sup>71</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Navarra, 2005, p. 408. Á. FIGUERUELO, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 25.

<sup>72</sup> J. WOLFF, "The Content of the Human Right to Health", en R. CRUFT; S. M. LIAO; M. RENZO (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford/ Nueva York, 2015, pp. 491-501.

<sup>73</sup> Corte Constitucional de la República de Colombia, "Sentencia T-760 de 2008". El seguimiento del cumplimiento de la sentencia puede realizarse a través de este enlace del gobierno colombiano: <http://seguimientot760.corteconstitucional.gov.co/>.

<sup>74</sup> L. FORMAN; J. AMIR SINGH, "The role of rights and litigation in assuring more equitable access to health care in South Africa", en C. M. FLOOD; A. GROSS, (eds.), *The right to health at the private/public divide: A global comparative study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 288-318.

<sup>75</sup> J. HASSELGÅRD-ROWE; E. MPINGA, "Justiciability of the Right to Health in South Africa and Switzerland through the Lens of its Normative Components", cit., p. 18.

<sup>76</sup> Corte Constitucional de la República de Colombia, "Sentencia T-760 de 2008".

te, se unificara la lista de servicios para los menores de 18 años, y la lista de servicios esenciales para el resto de la población<sup>77</sup>. En Chile, el Tribunal Constitucional terminó por declarar inconstitucionales las primas de seguros privados (ISAPRES) ajustadas al riesgo, después de que varios casos individuales denunciaran que la cuantía se calculaba atendiendo al riesgo, afectando a personas vulnerables<sup>78</sup>.

Si nos vamos al fondo del asunto, la cuestión de la intervención judicial en la regulación sanitaria y sus implicaciones para la legitimidad democrática es una problemática sobre la que caben diferentes posicionamientos. La intervención judicial fuerte es rechazada por autores como Waldron, desde una concepción procedimental de la democracia sin límites sustanciales que ha de respetar el valor superior del proceso democrático<sup>79</sup>. Asimismo, Bickel alerta sobre las formas de revisión judicial fuerte, como las que existen en Estados Unidos<sup>80</sup>. En la posición contraria, autores como Dworkin inciden en la necesidad de establecer límites a la democracia, como los derechos y los principios, que pueden entenderse como triunfos frente a la tiranía de la mayoría<sup>81</sup>. En el mismo sentido, Ferrajoli defiende que por encima de la igual participación política existen valores a proteger como la vida o la libertad<sup>82</sup>. En la terminología de Comanducci, el neoconstitucionalismo ideológico defendería la existencia de valores superiores, como los derechos fundamentales, mientras que el iuspositivismo ideológico describiría la concepción de Waldron<sup>83</sup>. En este punto, Morales propone introducir al procedimiento democrático una serie de precondiciones formales y materiales para la democracia, que podrían dar protección a un primer nivel de derechos sociales<sup>84</sup>.

<sup>77</sup> L. CUBILLOS; M. L. ESCOBAR; S. PAVLOVIC; R. IUNES, "Universal health coverage and litigation in Latin América", cit., p. 400.

<sup>78</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1710-10-INC, 6 de agosto de 2010.

<sup>79</sup> J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 302.

<sup>80</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962, pp. 16-23.

<sup>81</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, pp. 199-200. También: R. DWORKIN, "Rights as Trumps", en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

<sup>82</sup> L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 35.

<sup>83</sup> P. COMANDUCCI, "Il neocostituzionalismo ideologico", en I. FANLO CORTÉS; R. MARRA, (eds.), *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 141-51.

<sup>84</sup> L. MORALES, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 303.

En cualquier caso, la discusión no se agota en la explicación de dos posturas lejanas entre sí, sino que se han propuesto soluciones intermedias como la autorestricción judicial, el diálogo entre las instituciones como forma de intervención débil y la justiciabilidad del derecho a la salud en sede administrativa. Estas propuestas pueden servir, a mi juicio, como respuestas a las críticas que recibe la litigación del derecho a la salud en algunos sistemas latinoamericanos. Si bien el respeto a un contenido esencial o mínimo habría de quedar protegido bajo formas de revisión fuerte, las medidas regresivas que no afectan al contenido esencial sino a un contenido adicional pueden evaluarse en el marco de una intervención judicial menos estricta. En relación con ello, el respeto del contenido esencial de los derechos como límite de la posibilidad de justificación de las medidas regresivas ha sido estudiado, por ejemplo, por Añón<sup>85</sup>. Por lo que se refiere al derecho a la salud, una interpretación de su contenido esencial puede realizarse atendiendo al listado de obligaciones mínimas previsto en el párrafo 43 de la Observación General n°. 14 del Comité DESC.

En cuanto a la autorestricción judicial, se trata de un proceso por el que los jueces podrían identificar las cuestiones que no entrarían dentro del ámbito de decisión judicial. King apuesta por los enfoques institucionales de este proceso, que responden a una preocupación por los derechos, entre otros factores, y que incluyen entre las medidas posibles el diálogo inter-institucional entre el Parlamento, los jueces y el poder ejecutivo<sup>86</sup>. El diálogo inter-institucional consiste básicamente en una forma de intervención judicial que se entiende débil por combinarse con la actuación legislativa. En el ámbito de la salud, por ejemplo, los jueces podrían sugerir cambios en la regulación sanitaria cuando esta no es conforme al derecho a la salud. Otros autores se han referido a este proceso como el modelo parlamentario o el modelo *Commonwealth* del constitucionalismo<sup>87</sup>. Algunos sistemas que se acerca-

<sup>85</sup> M. J. AÑÓN, "¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?", *Derechos y Libertades*, núm. 34, Época II, enero 2016, p. 70. Asimismo: L. CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 89. En relación con el derecho a la salud: O. PARRA, "El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad", Ch. COURTIS, (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 54.

<sup>86</sup> J. KING, "Institutional Approaches to Judicial Restraint", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, núm. 3, 2008, pp. 409-441.

<sup>87</sup> J. L. HIEBERT, "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", *Texas Law Review*, núm. 7, 2004, pp. 1963-

rían a este modelo podrían ser los de Australia, Canadá, Nueva Zelanda y el Reino Unido<sup>88</sup>. Así, en el Reino Unido, los jueces han desarrollado una serie de criterios de orientación para la actividad legislativa<sup>89</sup>. Entre otros, Bayón se ha referido a las formas de revisión débil como la intervención judicial más justificable<sup>90</sup>. Sin embargo, otros autores han mostrado reservas frente a este entusiasmo. Por ejemplo, Dixon critica que, al tratar este modelo, se suele hacer referencia a sistemas que en la práctica funcionan de forma muy diferente<sup>91</sup>. Asimismo, Gargarella señala que no es posible considerar las medidas existentes en los países que anteriormente se mencionaban como verdaderamente dialógicas, por la ausencia de la participación popular y la diferencia de posiciones entre las partes<sup>92</sup>.

En cualquier caso, en relación con el derecho a la salud, Gostin, por ejemplo, sugiere tres formas de protección judicial, no necesariamente demasiado intervencionistas, que provienen de la insistencia en las obligaciones estatales de la utilización de los máximos recursos disponibles, del cumplimiento de las obligaciones mínimas y de la atención a los derechos de las personas más vulnerables<sup>93</sup>. Morales, en cuestiones relativas a la salud, defiende el papel de los jueces a la hora de tomar decisiones en caso de desacuerdos prácticos, que son comunes en el ámbito de la salud pública<sup>94</sup>.

Como tercera solución intermedia entre la ausencia de justiciabilidad del derecho a la salud y el exceso de litigación del mismo, se hacía referencia a la

1988. S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

<sup>88</sup> J. KING, "Rights and the Rule of Law in Third Way Constitutionalism", *University of Minnesota Law School, Constitutional Commentary*, vol. 30, núm. 1, 2015, p. 102.

<sup>89</sup> C. FLOOD, A. GROSS, "Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?", cit., pp. 66-67.

<sup>90</sup> J. C. BAYÓN, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en J. BETEGÓN, F. J. LAPORTA, y otros (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 129.

<sup>91</sup> R. DIXON, "Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles", en R. GARGARELLA (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2014, p. 54.

<sup>92</sup> R. GARGARELLA, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos" en R. GARGARELLA (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, cit., pp. 121 y 147.

<sup>93</sup> L. O. GOSTIN, *Global Health Law*, cit., p. 268.

<sup>94</sup> L. MORALES, "Taking Facts Seriously: Judicial Intervention in Public Health Controversies", *Public Health Ethics*, vol. 8, núm. 2, 2015, pp. 1-11.



protección del derecho en la jurisdicción ordinaria administrativa. Algunos autores defienden que ello, actualmente posible en el Reino Unido, Israel y Sudáfrica, es la vía más adecuada para mantener el equilibrio entre los derechos individuales y los costes administrativos<sup>95</sup>. Igualmente, a veces se considera como la mejor solución desde la perspectiva de la razonabilidad de las decisiones judiciales<sup>96</sup>. Sunstein, por ejemplo, se refería, en relación con el caso sudafricano, a un modelo administrativo de protección de los derechos sociales, en el que los jueces pueden dictar directrices, pero donde las decisiones en materia de prioridades y de recursos las adoptan el legislador y el gobierno<sup>97</sup>. Un ejemplo de protección de los servicios públicos en sede administrativa puede encontrarse en el sistema español, donde la responsabilidad patrimonial de la Administración podría interpretarse como una garantía de los derechos sociales y del derecho a la salud. El enfoque, no obstante, no es el de la protección de los derechos sino, más bien, el de tutelar intereses individuales, en caso de incumplimiento de obligaciones por parte de la Administración.

## 5. CONCLUSIONES

La posibilidad de alegar vulneraciones en el derecho a la salud ante los tribunales se articula de diferentes formas en la actualidad. La protección que proviene de la interrelación del derecho a la salud con otros derechos de tipo civil y político está teniendo buenos resultados en algunos ámbitos, al mismo tiempo que se pone de manifiesto la indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos. Por otra parte, otros sistemas apuestan por otorgar una justiciabilidad específica al derecho a la salud. Ello ha dado lugar a la identificación de algunos problemas, debido al elevado número de casos planteados, las desigualdades para acceder a los tribunales y la situación de escasez de recursos.

No obstante, frente a estos conflictos se han tratado algunas soluciones, como la posibilidad de facilitar la articulación de reclamaciones colectivas y

---

<sup>95</sup> C. FLOOD, A. GROSS, "Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?", cit., p. 69.

<sup>96</sup> A. PILLAY, "Enforcing Social and Economic Constitutional Guarantees before the Courts: the South African and Indian Experiences", *African Yearbook of International Law*, vol. 15, núm. 1, 2008, p. 150.

<sup>97</sup> C. R. SUNSTEIN, "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, núm. 124, 2001, p. 13.

el fortalecimiento del derecho de acceso a la justicia. Asimismo, algunas respuestas pueden provenir de un modelo de revisión judicial de las decisiones legislativas de carácter más débil y al mismo tiempo dialógico, en que el legislador y la administración colaboren en la toma de decisiones difíciles con los jueces. Estos últimos, ahora bien, han de mantenerse alerta en su papel de asegurar, en cualquier caso, el respeto al contenido esencial de los derechos sin discriminación, y de orientar respecto a cuál pueda ser la opción más respetable para los derechos, cuando se hace necesario, por ejemplo, el establecimiento de prioridades.

MARÍA DALLI

*Instituto Universitario de Derechos Humanos*

*Edificio Institutos de Investigación*

*Universitat de València*

*C/ Serpis 29, 1ª Planta*

*46022 Valencia*

*e-mail: maria.a.dalli@uv.es*